

A Constitucionalidade do Exame de DNA Compulsório em Processos Criminais e Propostas de sua Regulamentação

Carlos Henrique Borlido Haddad
Juiz Federal e Mestre e Doutor em Ciências Penais pela UFMG

1. INTRODUÇÃO

Através do processo, legitima-se a imposição de sanção ao violador do preceito contido na norma penal e garante-se a defesa ao acusado em confronto com a onipotência do Estado. E é no processo que se discutem as provas hábeis a autorizar a prolação de uma decisão, através das quais o livre convencimento do juiz se forma como fruto de raciocínio lógico. As modalidades de obtenção e de valoração das provas pelo juiz se coadunam com marcantes características predominantes no meio social, e seguiram uma evolução em compasso com o marchar do desenvolvimento humano.

A primeira fase de obtenção e de avaliação das provas foi a primitiva, em que se afeiçoava a prova ao empirismo das impressões pessoais. A prova era aquilo que podia ser sentido. O *sentir* se consolidava na *sentença*, vocábulo cuja etimologia deita raízes no verbo, derivando daí a recôndita, a íntima convicção. Mas com o passar do tempo as idiossincrasias deixaram de ser bastantes para a solução do caso penal, pois o apego do homem aos sentidos cedeu ao apelo transcendental do espírito. Era a fase religiosa, em que se

fazia uso das ordálias e dos juízos de Deus ou sobrelevava-se o valor do juramento sacramental. Porém chegou-se à conclusão de que as ordálias não forneciam a adequada resposta, mesmo que esta resposta fosse proveniente de Deus.

Nem tanto pelos iníquos métodos de pesquisa, mas sim em decorrência do arbítrio dos juízos de Deus, surgiu a fase legal, cujas provas possuíam valores previamente fixados na lei. A colheita das provas tornou-se mais seletiva e com objetivos bem delineados, em que se procurava conseguir aquelas cujos valores mais pesavam na balança da aritmética Themis. Para se condenar, não era mais suficiente o injustificado alvedrio espiritual; requeriam-se fatores objetivos, alheios à inspiração divina. Essa fase durou enquanto o enjaulamento da consciência judicial suportou os rígidos limites para a apuração dos fatos. Passou-se, então, a dar importância à persuasão racional do julgador, que formava seu convencimento de forma livre, liberdade, contudo, limitada pelos elementos de prova existentes nos autos. A restrição do livre convencimento às provas colhidas alargava-se à medida que novos métodos de pesquisa, de cunho científico, eram desenvolvidos para auxiliar o juiz. É a chamada fase científica, no sentido de maior amplitude e precisão na colheita, exame e interpretação dos vestígios do crime, indícios da autoria e qualidades do autor. Esta última fase apresenta grande importância nos dias atuais, sendo relevantes os trabalhos prestados pela polícia científica, que podem ser percebidos nas modernas técnicas de grafologia, balística, datiloscopia e toxicologia, entre outras, cruciais à apuração dos fatos criminosos. Os métodos científicos, assaz eficientes em algumas áreas, expandiram-se rapidamente no meio forense, o que pode ser constatado ao se analisarem os inúmeros meios dispostos ao juiz para ajudá-lo na apuração dos fatos. Nessa proliferação de métodos de pesquisa, o exame de DNA coloca-se como importante elemento utilizado em processos criminais para a elucidação da autoria de delitos. Em âmbito penal, a sujeição do acusado ao exame de DNA suscita dúvidas, porque, tanto não há norma expressa proibitiva da produção desse tipo de prova, quanto não existe autorização legal para o emprego compulsório da técnica.

A questão da submissão do acusado ao exame de DNA contra a sua vontade envolve a discussão sobre a lesão de princípios e di-

reitos constitucionais que afetam a validade da prova. No Brasil, a discussão tem sido bastante tímida. Em parte porque nem todos os órgãos de investigação dispõem de condições técnicas de realização de tais exames. Centrando-se as investigações na confissão, inibe-se a necessidade de se recorrer a novas técnicas e, conseqüentemente, de desenvolvê-las, de forma a permanecer arcaica a atividade investigativa policial.

Por outro lado, quando a autoridade policial utiliza a potestade estatal durante as investigações, como salienta Carvalho, fá-lo sem muito cuidado em relação à prévia autorização judicial e respeito à intimidade do suspeito e, normalmente, os interessados nada alegam em sua defesa e, quando o fazem, não raro, encontram a indiferença dos tribunais.¹

Nas vezes em que se insurgem contra a submissão ao exame de DNA, alega-se ofensa a uma série de direitos de *status* constitucional, tais como a liberdade (art. 5.º, LIV e LXV), a integridade física e a proscrição de tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, III), a intimidade corporal (art. 5.º, X), a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) e o direito de permanecer calado (art. 5.º, LXIII). Assevera Gomes Filho, "à vista do que estabelece a Constituição Federal (art. 5º, LVI), torna-se indispensável ressaltar que na obtenção do material a ser examinado não podem ser desprezados os direitos fundamentais do investigado ou acusado, como integridade corporal, a intimidade, a honra, a imagem etc., até porque ninguém pode ser compelido a fazer prova contra si mesmo."²

Não é princípio inserto na Constituição tenha a verdade de ser investigada custe o que custar, tampouco represente o esclarecimento e punição dos crimes, incondicionalmente, o interesse preponderante do Estado. A obtenção de uma verdade absolutamente correspondente à realidade dos fatos é incompatível com a natureza da atividade processual, malgrado a perseguição deva ser sempre almejada. E nessa perseguição, parafraseando Lenckner, deve o

¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 36.

² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "O teste de DNA como prova criminal". **Boletim do IBCCRIM**, n. 18, p. 1, São Paulo, IBCCRIM, jul. 1994.

processo promover a revelação da verdade, porém não a qualquer preço (*"soll der Prozess die Wahrheit zutage fördern, aber es soll es nicht um jeden Preis"*).³ O preço pago pela procura da verdade nem sempre compra os direitos e garantias impostos como limites ao esclarecimento dos fatos. Reconhecendo a existência de limites na elucidação da verdade, correspondentes a direitos e garantias a serem respeitados, é possível verificar em que medida o recurso ao exame de DNA compulsório é constitucionalmente admissível, sem lesar bens juridicamente protegidos. Nessa investigação, o recurso ao direito estrangeiro afigura-se indispensável.

2. O TRATAMENTO DO TEMA NO DIREITO COMPARADO

A discussão sobre a sujeição ao exame de DNA compulsório, se é incipiente no direito brasileiro, encontra profunda análise nos Estados estrangeiros.

2.1 Itália

A Corte Constitucional italiana, na *sentenza* 54/86, considerou ser cabível o exame hematológico, porque é prática médica de ordinária administração não lesa a dignidade ou a psique da pessoa, tampouco a coloca em risco de morte ou prejudica a incolumidade ou a saúde, salvo em casos patológicos excepcionais que o perito saberia facilmente identificar. Seria uma *"minime prestazioni personali imposte all'imputato o a terzi, da un normale e legittimo mezzo istruttorio."*⁴

No ano de 1995, a Polícia Científica recorreu a exames genéticos para a produção de prova em cerca de mil delitos. Em 65% houve voluntária submissão ao exame, em 34% foi necessário o recurso à coercitividade e em 1%, em torno de 10 casos, o juiz não considerou oportuno atender o pedido de coerção para consecução do teste.⁵

³ LENCKNER, Theodor. "Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht". *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 8, p. 321, Frankfurt, 25 feb. 1965.

⁴ Tradução livre: "mínima prestação pessoal imposta ao acusado ou a terceiro de um normal e legítimo meio instrutório," *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 4, p. 2.155, Milano, lug.-ago. 1996.

⁵ VIGONI, Daniela. "Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del dna". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 4, p. 1.024, Milano, ott.-dic. 1996 (nota de rodapé).

Dez anos depois da **sentenza** 54/86, o tribunal italiano se pronunciou de forma diametralmente oposta, considerando ilegítimo o exame hematológico coativo na ausência de uma específica regulamentação das hipóteses e dos modos pelos quais tal ato poderia ser exigido.⁶ Ao proferir a **sentenza** 238/96, a Corte decidiu interessar o exame hematológico não só à liberdade pessoal, pois também invade a esfera corporal do acusado em mínima medida, sem, contudo, comprometer-lhe a integridade física ou a saúde, nem a dignidade, por se tratar de prática médica de ordinária administração. Não deixa, porém, de subtrair da esfera de liberdade pessoal, para fins de aquisição probatória no processo penal, uma parte que, talvez insignificante, certamente não é nula.⁷ A **sentenza** até admitiu o recurso à força, mas entendeu necessária a determinação legal das hipóteses em que seria cabível o exame hematológico e dos meios de colheita do material, sem que possa o juiz ordenar medidas incidentes sobre a liberdade pessoal do indiciado ou do acusado ou de terceiro além dos casos especificamente previstos na lei.⁸

A doutrina que se ocupa das intervenções corporais, reconhecendo o traço constitucional do princípio *nemo tenetur se detegere* (art. 24 **comma** 2 da Constituição italiana), restringe sua aplicação às declarações auto-incriminantes, a comportamentos nos quais é requisitada uma colaboração ativa. Excluem-se, por conseguinte, as hipóteses em que o acusado é compelido a submeter-se a determinada investigação de modo que venha a ser considerado um objeto de averiguação, em respeito ao qual um fazer não é requerido mas um deixar fazer é imposto.⁹

No mês de julho de 2005 foi editado o Decreto Pisani, já convertido em lei, em decorrência dos atos de terrorismo cometidos na

⁶ GIACCA, Mariuccia. "In tema di prelievo ematico coatto: brevi note a margine della sentenza della Corte Cost. n. 238 del 1996". Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 2, p. 603, Milano, apr.-giu. 1997.

⁷ Giurisprudenza Costituzionale, fasc. 4, p. 2.145-6, Milano, lug.-ago. 1996.

⁸ FELICIONE, Paola. "Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma". L'indice Penale, n. 2, p. 496, Padova, mag.-ago. 1999.

⁹ DOLSO, Gian Paolo. "Libertà personale e prelievi ematici coattivi. Giurisprudenza Costituzionale", fasc. 5, p. 3.227, Milano, set.-ott. 1996. No mesmo sentido: PIACENTINI, Claudio. "In tema di rifiuto dell'imputato a sottostare a lla ricognizione personale". Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 1, p. 327-8, Milano, gen.-mar. 1980.

Inglaterra, e cujas investigações demonstravam que alcançaria a Itália. A norma traz dispositivos voltados à repressão do terrorismo internacional e, ao tratar da identificação da pessoa contra a qual é feita acusação da prática ilícita, dispõe que poderão ser utilizados dados datiloscópicos, fotográficos e antropométricos, entre outros. O Decreto, que alterou o art. 349 do Código de Processo Penal italiano, estabeleceu que a identificação mencionada acima comporta o exame de material biológico da cavidade oral e, caso falte o consentimento do investigado, a polícia judiciária procederá ao exame coativo, com respeito à dignidade pessoal do sujeito e prévia autorização escrita ou oral, desde que, na última hipótese, seja confirmada por escrito pelo Ministério Público.

2.2 Espanha

O Tribunal Supremo, 2ª Sala, em 21.06.1994, reconheceu que a extração de sangue, enquanto se trata de uma intervenção corporal que afeta os direitos fundamentais da integridade física e corporal e da intimidade, requer inescusavelmente um controle judicial mediante decisão fundamentada, conforme estabelece o art. 120.3 da Constituição Espanhola.¹⁰ Por sua vez, o Tribunal Constitucional, 1ª Sala, na decisão 207 de 16.12.1996, ponderou serem causas legítimas para justificar a realização de intervenções corporais o interesse público próprio da investigação de um delito e a determinação de fatos relevantes para o processo penal, sem vulnerar o direito à integridade física, desde e sempre que a medida estiver prevista em lei.¹¹

Quanto ao tratamento desumano ou degradante decorrente das intervenções corporais, o Tribunal Constitucional, na última decisão, entendeu que a extração de cabelos de diferentes partes da cabeça e de pêlos das axilas, efetivada por médico-legal, não supõe ofensa nem por sua finalidade, nem pela maneira de execução. Os graves atributos devem ser reservados para aqueles tratamentos que

¹⁰ FERNÁNDEZ, Ricardo Rodríguez. *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*. Granada: Comares, 1999. p. 115.

¹¹ *Idem*, p. 116.

impliquem padecimento físico ou psíquico ilícitos e infligidos de modo vexatório para quem os sofre.

2.3 Alemanha

No direito alemão, se o acusado está sob o dever de tolerar certas atividades, a pretensão em investigar a verdade é claramente priorizada em detrimento do interesse em manter as informações sobre seu corpo e em evitar sua divulgação.¹² E quanto mais grave o delito, menor valor se atribui à privacidade e a outros bens jurídicos. Isso vale inclusive para terceiros, que podem sujeitar-se a intervenções corporais mesmo contra a vontade.¹³

O exame corporal pode ser ordenado pelo juiz, pelo representante do Ministério Público ou pela autoridade policial em caso de urgência. A coleta de sangue, a análise genética, o encefalograma, entre outros, são executados por um médico, a teor do § 81 "a" StPO (**Strafprozessordnung** - Código de Processo Penal), sem necessidade de consentimento do acusado. O assentimento do réu somente é exigido se há risco para a saúde, em caso de intervenção médica particularmente grave ou suscetível de fracasso. Mesmo para as pessoas que possuam no corpo uma seqüela ou um elemento do crime (projétil, veneno, esperma etc.) é cabível a intervenção médica, e aplicam-se medidas de constrição em caso de recusa, além de se condenar ao pagamento de multa.¹⁴ O **Bundesverfassungsgericht** (Tribunal Constitucional Federal), na decisão 15, de 14.12.1978, reconheceu a admissibilidade e entendeu conforme com a Constituição a intervenção sobre cabelos e sobre a barba do acusado.¹⁵

Essa regulamentação remonta a 1933, data em que entrou em vigor a modificação da legislação. Até 1933, o StPO admitia apenas os exames sobre a superfície corporal. Com a introdução do § 81

¹² ROXIN, Claus. "Involuntary self-incrimination and the right to privacy in criminal proceedings". *Israel Law Review*, v. 31, p. 84, Jerusalem, winter-summer, 1997.

¹³ ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch**. 25. auf. München: Beck, 1998. p. 277.

¹⁴ DELMAS-MARTY, Mireille *et al.* **Procédures pénales d'Europe**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 98-9.

¹⁵ RUOTOLO, Marco. "Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori". *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 4, p. 2.160, Milano, lug.-ago. 1996 (nota de rodapé).

"a", passou-se a admitir a intervenção corporal de caráter invasivo. A proximidade temporal entre a criação do § 81 "a" e a tomada de poder pelos nacionais-socialistas foi essencial para a redação do dispositivo legal. À época, sequer existia o teste de DNA e os questionamentos acerca da aplicação do § 81 "a" do StPO como fundamento legal do exame hematológico resolveram-se pela admissibilidade, através da jurisprudência.¹⁶ A introdução da análise do genoma se deu em março de 1997, quando foram acrescentados os § 81 "e" e "f" ao StPO.¹⁷ A inspiração nacional-socialista da redação do dispositivo legal não só se perpetuou no tempo, como foi acrescida da previsão de exames genéticos.

2.4 EUA e Inglaterra

Nos países do *common law*, tem-se admitido o recurso ao exame de DNA obrigatório. Na Inglaterra, o **Criminal Police Evidence Act de 1984** distinguiu entre amostra biológica íntima e não íntima, e dispensou para a coleta desta última o consentimento do acusado. O critério seria o local onde fosse colhida a amostra e, na hipótese de estar localizada em um orifício do corpo humano, considerar-se-ia íntima. Posteriormente, o **Criminal Justice and Public Order Act de 1994** reputou a saliva como uma amostra não íntima, posto que colhida no interior da boca.

Nos Estados Unidos, a compreensão do princípio contra a auto-incriminação restringe-se às situações que envolvam a produção de declarações orais e, em algumas hipóteses, à apresentação de documentos. Logo, é reconhecido o direito de extrair uma amostra de sangue, inclusive para a comprovação de direção em estado de embriaguez, consoante decidido no julgamento *Schmerber v. California* (1966). Em decisão majoritária de cinco votos contra quatro, a Suprema Corte rejeitou o argumento de que não poderia o acusado fornecer uma amostra de sangue, a fim de comprovar a

¹⁶ HOMMES, Gertrud A. van Eikema; TAK, Peter J. P. "Le test ADN et la procédure pénale en Europe". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 4, p. 686, Paris, oct.-dec. 1993.

¹⁷ KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren* - "Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen". Aachen: Shaker, 1999. p. 156.

direção em estado de embriaguez, porquanto o *privilege against self-incrimination* tutela apenas contra ser compelido a testemunhar em seu próprio prejuízo ou de outra maneira fornecer à acusação prova testemunhal ou de natureza comunicativa.¹⁸ Os votos minoritários defenderam a invocação do *privilege* para impedir o governo de forçar uma pessoa a fornecer prova do seu próprio crime, sem ser possível dela exigir um ato voluntário, uma cooperação ativa para se auto-incriminar.¹⁹

Atualmente, os Estados Unidos constroem um banco de dados de DNA (*CODIS - Combined DNA Index System*), já elaborado pela Inglaterra e País de Gales desde 1995. Em 1999, o banco de dados inglês possuía mais de 360.000 perfis genéticos e 27.000 cenas de crimes. Todos os 50 Estados norte-americanos possuem leis que exigem o perfil de DNA de condenados por crimes sexuais, ao passo que outros reclamam amostras mesmo daqueles que foram apenas presos. Quatro Estados recolhem amostras de perfil genético de todo e qualquer criminoso. Apesar da finalidade eminentemente repressiva da montagem do banco de dados de DNA, através dele foi possível mudar mais de 60 condenações motivadas por erros judiciários, em alguns casos com o condenado aguardando a execução da pena no corredor da morte.

3. A VISÃO DO STF

O STF ainda não se pronunciou a respeito da admissibilidade da prova de DNA obtida através da intervenção corporal no acusado, de maneira involuntária, para a elucidação de infrações penais. Porém já se manifestou a respeito do tema em processos atinentes à investigação de paternidade e à coleta da placenta de extraditanda grávida.

Como meio de se preservar a dignidade do homem, a intimidade, a intangibilidade do corpo humano, o império da lei, mais precisamente o princípio da legalidade, e para afastar a execução

¹⁸ ISRAEL, Jerold H; LAFAYE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 5. ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993. p. 236.

¹⁹ Idem, p. 238.

específica e direta de obrigação de fazer, decidiu ser incabível a condução do requerido "debaixo de vara" para a coleta do material hematológico em feitos cíveis. Indicou o plano jurídico-instrumental para solução da causa, em que a avaliação da prova e o ônus de produzi-la deve ser feito e distribuído considerando-se a recusa imotivada do requerido em submeter-se ao exame de DNA. Em nenhum momento se invocou o princípio contra a auto-incriminação para justificar a recusa do requerido, o que se explica por tratar-se de causas cíveis sem repercussão penal.²⁰

A primeira decisão foi prolatada pelo Tribunal Pleno, por maioria de votos, o que não induz, necessariamente, seja similar o resultado na apreciação da questão no âmbito criminal. Houve quatro votos vencidos entendendo ser possível conduzir o investigado à colheita hematológica para a pesquisa do DNA, em face da "reduzidíssima invasão à sua integridade física."²¹ O segundo julgamento teve decisão unânime, porque se concluiu, antes de tudo, ser desnecessária, no caso submetido à apreciação, a realização da prova pericial. É pacífico o entendimento de que o recurso ao exame de DNA não retirará do magistrado o poder para apreciar e avaliar as provas,²² inclusive, sobre a necessidade de sua produção.²³

Admitiu-se a coleta da placenta de extraditanda grávida, após o parto, para a realização de exame de DNA, com a finalidade de instruir inquérito policial instaurado para a investigação de fatos relacionados com a origem da gravidez. Foi aceita a coleta do material mesmo contra o consentimento da extraditanda e considerando o interesse de elucidação da origem da gestação, supostamente decorrente de estupro atribuído a policiais federais que trabalhavam na carceragem em que ela estava recolhida.²⁴ O recolhimento da placenta não resultaria violência ou coação à liberdade de locomoção da extraditanda, pois ocorreria após o parto, quando não mais

²⁰ HC 71.373/RS e HC 76.060/SC.

²¹ Voto do Min. Sepúlveda Pertence no HC 76.060/SC.

²² HC 81.907/GO.

²³ RHC 80.762/PE.

²⁴ Rcl 2.040/DF.

agregado ao corpo da grávida, caracterizando-se como matéria desintegrada de onde saiu.

Posto que o exame de DNA não seja uma prova determinante, de modo a excluir toda dúvida possível, mas se trate de uma prova de probabilidade, cuja credibilidade é robustecida por outros elementos coadjuvantes,²⁵ não há óbices à sua aceitação no direito pátrio, sobretudo porque a prova indiciária, de menor força probatória, foi acolhida pelo Código de Processo Penal e pela jurisprudência do STF.²⁶ Já se afirmou que "a certeza científica proporcionada pela nova técnica oferece ao julgador um elemento sólido para a construção da verdade."²⁷ No tocante à confiabilidade do teste, frisou o Min. Francisco Rezek, em seu voto no HC 71.373/RS, "que o DNA leva sabidamente a resultados positivos de índices probabilísticos tendentes à certeza."²⁸ Por outro lado, não é unânime a confiança depositada no exame, pois "esta prova, que hoje se tem como quase incontestável, admite, entretanto, erro. Há, teoricamente, a possibilidade de erro."²⁹

Em verdade, não se deve mais discutir os preceitos científicos em que se apóia a perícia, mas os fatores externos que podem colocá-la em dúvida³⁰. É preciso ter cuidado com a crença incondicional no teste, pois a infalibilidade da técnica gerada pelo conhecimento humano pode desfazer-se diante do humano falível que a manuseia. A técnica não tem falhas, mas a realização do exame é passível de impropriedades.

4. BENS JURÍDICOS ENVOLVIDOS

O exame de DNA compulsório, porque obriga o acusado a sujeitar-se à extração de material orgânico, é veemente criti-

²⁵ Na Alemanha, o **Bundesgerichtshof** (Superior Tribunal Federal), julgando questão atinente à matéria em exame, reconheceu, com base na prova pericial, que havia uma probabilidade de acerto de 99,986% no exame de DNA realizado sobre o acusado. Através de simples cálculo aritmético, a probabilidade de erro situava-se em 0,0014%. Concluiu que, em uma população de 250.000 pessoas, como a existente em Hannover, o número de 35 pessoas equivaleria aos 0,0014%. Entendeu ser o exame de DNA insuficiente para se levar a uma condenação, havendo necessidade do recurso a outras provas e indícios, pois não se podia negligenciar com a relatividade das provas. KELLER, Rolf. "Entscheidungen: Strafprozessrecht -Anmerkung". *Juristen Zeitung*, n. 2, p. 103, Tübingen, 1993.

²⁶ HC 70.344/RJ e HC 75.809/SP.

²⁷ Voto do Min. Francisco Rezek no HC 71.373/RS.

²⁸ Idem.

²⁹ Voto do Min. Néri da Silveira no HC 71.373/RS.

³⁰ ARRUDA, José Acácio; PARREIRA, Kleber Simônio. **A prova judicial de ADN**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 179.

cado. Arrolam-se variados bens jurídicos lesados pelo procedimento: integridade corporal, liberdade de locomoção, intimidade e privacidade, dignidade da pessoa humana, autodeterminação informativa e o princípio contra a auto-incriminação. Por se tratar de bens de índole constitucional, a edição de lei que discipline a forma e as condições em que seriam executadas deveria manter coerência com os postulados da Constituição Federal. A questão central passa a ser averiguar a existência de inconstitucionalidade na lei que regulamente a matéria e prever em que medida a disciplina mais se adequaria aos princípios constitucionais.

À primeira vista, refutam-se as supostas ofensas a direitos fundamentais, conquanto não haja dúvida de que sofram limitações constitucionalmente admissíveis. Não são restrições insuperáveis a ponto de se igualarem a efetivas lesões dos bens jurídicos. São limitações do exercício de alguns direitos que, a exemplo de muitos outros em processo penal, justificam-se e se toleram, porque compatíveis com os cânones constitucionais.

É difícil conceber que o acusado possa ser privado de sua liberdade durante o curso do processo, ter sua vida monitorada vinte quatro horas ao dia por escutas telefônicas, ser conduzido coercitivamente para as audiências, ter quebrado o sigilo bancário e fiscal, sujeitar-se ao reconhecimento pela vítima, apesar de não consentir, ser revistado em suas vestes e em seu domicílio, e condenado a longa pena privativa de liberdade, após o devido processo legal, admitindo-se até mesmo o extermínio da vida em restritas hipóteses, mas que dele não se possa extrair pequena quantidade de saliva ou um fio de cabelo sem que assinta. Em confronto com os meios de prova existentes, o exame compulsório de DNA pode ser incorporado ao processo penal brasileiro sem que constitua limitação de bens jurídicos que já não sofram restrições admissíveis pela atual legislação, como adiante se verá.

Entretanto, esse entendimento não é unânime e, em decorrência, a doutrina elenca bens jurídicos que sofrem lesão pela sujeição do acusado ao exame de DNA obrigatório, em relação aos quais ponderações necessitam ser feitas.

4.1 Integridade física

Aponta-se o caráter invasivo da integridade física como empecilho à adoção do exame de DNA sem o consentimento do acusado. Mas o exame hematológico, quando executado em ambiente sob controle médico e em normais condições de assepsia, com a possibilidade de abolir toda sensação dolorosa através da prescrição de analgésicos, não causa risco de morte ou à integridade física do acusado, pois é prática médica ordinária. A pequena quantidade de sangue necessária ao exame priva-o de quase toda repercussão sobre a hemodinâmica do organismo humano. Além disso, não há inoculação de nenhuma substância, e a suposta invasividade é aferida apenas no momento de inserção do instrumento de coleta do sangue, o que nem sempre ocorrerá.

Em tese, todo material orgânico que contenha DNA pode ser submetido aos exames, inclusive dentes e ossos. O melhor material é o sangue, porque contém uma maior quantidade de células e, portanto, mais material genético para ser analisado. O esperma também possui grande número de células e é bastante estável, porém, no caso de amostras colhidas na vítima, pode estar mais contaminado do que o sangue, e torna-se necessário separá-lo de outros fluidos antes da análise.³¹ As amostras colhidas do lado interno da face, na mucosa bucal, também são utilizadas com alto grau de sucesso. São mais apropriadas quando recolhidas de crianças - para evitar o uso de injeção - ou recomendável por razões médicas ou religiosas, além de não provocarem nenhum dano, mínimo que seja, à integridade física. As raízes de cabelo, e não os fios, contêm DNA que pode ser empregado para exames realizados pela técnica PCR.³²

³¹ GUTIÉRREZ, Jaime Robleto. "El ADN y su importancia en la investigación criminalística". *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, n. 18, p. 90, San José, nov. 2000.

³² A técnica PCR é uma das duas prevaletentes para a análise do DNA, ao lado da técnica RFLP. A grosso modo, a técnica PCR (*polymerase chain reaction*) permite que uma área específica do DNA seja copiada muitas vezes e, assim, aumente a sua quantidade até se ter o suficiente para o exame. Propicia o aproveitamento de amostras de DNA degradadas, cujo comprimento dos filamentos foi reduzido. O sistema de tipagem por RFLP (*restriction fragment length polymorphism*) é o de maior poder de discriminação, porque o número de alelos, destinados a descrever a constituição genética de um indivíduo dentro da sequência genômica do DNA, é bastante superior. Em consequência, um número relativamente baixo da sequência genômica é analisado para se alcançar valores percentuais aceitáveis. Como nas investigações criminais o material recolhido para exame costuma estar degradado e em reduzida quantidade, a técnica RFLP cede à PCR.

Como é possível utilizar diversos materiais orgânicos para a realização do exame de DNA, o recurso a amostras de cabelos e saliva afasta a suposta invasividade.

Não se reconhece ofensa à integridade física pela mera submissão à intervenção corporal, pois as lesões no corpo podem ser suportadas sem integrar o sentido material de sua tipicidade.³³ O afastamento da tipicidade material das ofensas corporais que não traduzam seqüelas ou sofrimento físico considerável, que não comprometam anatômica, estética, fisiológica ou mentalmente o acusado é uma exigência das combinações dos critérios da tolerância, da danosidade social e da proporcionalidade.³⁴

Se o STF, no julgamento do RHC 66.869/PR, decidiu ser de absoluta insignificância a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito, a ponto de impedir fosse instaurada a ação penal, não é coerente levar em consideração pequena ofensa à integridade física resultante da intervenção corporal consistente na extração de sangue ou de outra amostra de material biológico. Se o princípio da insignificância favorece o agente cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo direito penal,³⁵ não se pode erigir a insignificante lesão à integridade física como óbice às intervenções corporais.

Ao contrário, se a intervenção corporal for prejudicial à saúde do acusado, há de ser evitada. Deve-se poupar a saúde do réu hemofílico, se a coleta de sangue importar no risco de hemorragia. Parece indiscutível que nessas situações o direito à vida e à saúde constitui um limite intransponível, a exemplo do § 81 "a" do Código de Processo Penal alemão.³⁶

Para preservar o supremo bem jurídico, o Código Civil determina que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco

³³ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal** - análise à luz das Leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2. p. 159.

³⁴ Idem, p. 160.

³⁵ REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância** - interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 37.

³⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 118.

de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica" (art. 15). Por razão similar, e por uma questão de lógica, se houver risco de morte, não se justifica o recurso à prova derivada da intervenção corporal. Se a morte é causa extintiva da punibilidade, por que priorizar o esclarecimento dos fatos a ponto de se correr o risco de provocá-la, se, uma vez esta alcançada, de nada adiantará a elucidação, extinguindo-se o processo por uma sentença não condenatória? *Mors omnia solvit*. A prova colhida seria inócua para os fins do processo penal, posto que pudesse ter alguma utilidade em âmbito cível, para instruir a ação *ex delicto* e obter a reparação do dano decorrente do ato ilícito, observada a questão processual de admissibilidade da prova emprestada. Mas a previsão legal poderia ser no sentido de admitir a prova somente em âmbito criminal, de forma a impedir o uso dos resultados do exame de DNA em outros processos e para outras situações.

Afirmar que o uso da força para obter uma amostra de material genético pode servir de oportunidade para a imposição de sevícias com objetivos escusos³⁷ é incorreto. Se as autoridades perseguidoras exercem tão arbitrariamente suas funções, não será através da oportunização da colheita de material genético que os abusos e violências entrarão em cena, pois muitas são as ocasiões em que podem agir arbitrariamente. Além disso, existem mecanismos capazes de evitar essas situações. O recolhimento da amostra pode ser feito perante o juiz, porque "o método de coleta do sangue é simples, (...) existe material apropriado para facilitar essa tarefa"³⁸ e caso se opte por amostra de saliva, o procedimento é ainda mais singelo.

4.2 Liberdade de locomoção

Por vezes, equipara-se o procedimento de extração de amostras biológicas à privação da liberdade, pois o acusado, para fornecer o material destinado à investigação genética, necessita de se sujeitar, por determinado lapso temporal, a restrições em seu direito

³⁷ ARRUDA, José Acácio. PARREIRA, Kleber Simônio. op. cit., p. 163.

³⁸ Idem, p. 180.

de locomoção. A suposta privação de liberdade assemelha-se mais à condução coercitiva, aceita pelo Estatuto Processual Penal, não revogada pela Constituição Federal e mantida no projeto de Código de Processo Penal. Se há incertezas quanto à vigência da condução coercitiva para o acusado no interrogatório³⁹, não há dúvida de que pode ser conduzido "debaixo de vara" para submeter-se ao reconhecimento, assim como a testemunha para prestar depoimento e, em relação a isso, nunca se alegou estarem sofrendo privação de liberdade por ter restringido o direito de ir e vir. O STF afirmou ser a condução coercitiva uma restrição aceitável à liberdade de locomoção física, jamais a sua supressão⁴⁰. A retenção do acusado para a realização do exame nada mais seria do que mera restrição da liberdade para fins probatórios, circunstância que encontra respaldo legal no direito pátrio vigente.

4.3 Intimidade

Objeta-se principalmente que o teste de DNA forneceria mais informações sobre a pessoa do que as necessárias para a identificação das amostras, e o dado suplementar possuiria caráter privado, por se tratar de informação genética. O grande receio na difusão descontrolada da engenharia genética, como anota Casabona, seria o "risco de converter o ser humano em cidadão 'transparente' ou de 'cristal.'"⁴¹ Realmente, a decodificação genética possui um lado perverso ao dar ensejo à criação de discriminações de caráter pessoal, familiar e trabalhista, para pactuar seguros de vida, de enfermidade ou aposentadoria, com o risco de se estabelecerem preconceitos éticos, pois certas doenças aparecem com maior incidência em determinados grupos raciais.⁴²

A melhor defesa contra a discriminação genética é a privacidade genética.⁴³ Basta que não se dê publicidade às informações

³⁹ SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 265.

⁴⁰ HC 71.039/RJ.

⁴¹ CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito*. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 56.

⁴² CASABONA, op. cit., p. 56.

⁴³ ARRUDA, José Acácio. PARREIRA, Kleber Simônio. op. cit., p. 145.

genéticas do indivíduo e se restrinja o acesso a elas ao foro criminal.⁴⁴ A divulgação de dados seria o mais relevante revés do conhecimento das informações genéticas pelas autoridades perseguidoras, pois representaria, além da possível devassa da intimidade do acusado, uma reprovável maneira de conduzir-se no cargo público. Cuida-se de conduta ilícita, passível de sanções penais, cíveis e administrativas.

O nosso vetusto Código Penal prevê o delito de violação de sigilo profissional (art. 325), em que se apena a revelação de fato de que tem ciência o funcionário público em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, e pune também a facilitação da revelação. Além da norma vigente, está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4.610/98, que define os crimes resultantes de discriminação genética e pune, entre outras, a conduta de seguradoras, planos de saúde e estabelecimentos de ensino que recusam ou limitam a prestação de serviços com base em informação genética do indivíduo. Em complementação, o Projeto de Lei 4.662/2001 proíbe a exigência de apresentação do exame de DNA a seguradoras, a prestadoras de assistência médica e odontológica e a escolas públicas e privadas. Por sua vez, o Projeto de Lei 4.661/2001 dispõe sobre a proteção do código genético individual, considerando-o sigiloso e sendo expressamente proibido o fornecimento de informações por laboratórios e clínicas. No mesmo sentido caminha o Projeto de Lei 3.377/2000, apresentado pelo então Deputado Aloízio Mercadante, em que se veda a utilização do código genético para fins de encaminhamento à obtenção de emprego ou trabalho, aceitação em seguro de vida ou plano de saúde e qualquer outro tipo de sistema de seleção de candidatos, inclusive, para registro de identificação.

A previsão de sanções de variada natureza é importante elemento para preservar a intimidade do acusado. Na realidade, a pro-

⁴⁴ Em seara distinta, revela-se a preocupação com a divulgação de dados. No exame nacional de cursos de nível superior, realizado anualmente pelo MEC, os resultados individuais obtidos pelos alunos não são computados para a sua aprovação e são fornecidos exclusivamente a cada um deles. A divulgação dos resultados dos exames implicará a responsabilidade do agente público e as informações somente poderão ser usadas para avaliar a qualidade e eficiência das atividades de ensino, pesquisa e extensão. Trata-se de um bom exemplo de como se pode regulamentar a preservação de informações.

pagação de informações obtidas através da prova pericial não pode funcionar como óbice à efetivação das intervenções corporais. Seria como proibir a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal sob a alegação de que, preso, o acusado sujeitar-se-ia a tortura ou a tratamento cruel ou degradante. A análise da questão não deve ater-se aos possíveis efeitos reflexos da medida, que precisam ser evitados por outras formas. A informação resultante de um mapeamento genético, caso revelada pelo profissional encarregado da extração das amostras ou pelo responsável pela obtenção do resultado, acarretará a responsabilização pela prática do ato ilícito. Puna-se administrativa, civil e penalmente, mas se preserve a consecução do exame.

Para contornar o problema, assevera Stella Maris Martínez, citando Resolução de 16.03.1989 adotada pelo Parlamento Europeu, que as análises genéticas nos procedimentos judiciais exigem "que sejam passíveis de utilização unicamente aquelas partes da análise do genoma que estejam revestidas de importância para o caso e que não permitam nenhum tipo de dedução sobre a totalidade da informação hereditária."⁴⁵ Restringir o exame sobre a extensão do DNA é uma das formas de se impedir o acesso a dados de cunho pessoal e, conseqüentemente, a sua divulgação. O exame que se realiza sobre a parte não codificada, isto é, que não contém as informações hereditárias, não ofende os direitos de personalidade do acusado. Nesse sentido, para resguardar a intimidade do réu, o **Bundesverfassungsgericht** condicionou a legitimidade constitucional da análise de DNA ao âmbito não codificante, com fundamento no § 81 "a" StPO.⁴⁶

A técnica deve ser empregada com o intuito de identificação de autores de delitos, com base em vestígios encontrados na cena do crime ou na vítima. Por conseguinte, não se pode identificar o gene determinante da agressividade ou de algum desvio sexual e,

⁴⁵ MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulação genética e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 1998. p. 214.

⁴⁶ GURIDI, José Francisco Etxeberria. "Las investigaciones genéticas como medio de prueba en el proceso penal alemán tras la reforma de la ordenanza procesal penal de 17 de marzo de 1997 (parte II)". **Revista de Derecho y Genoma Humano**, n. 10, p. 74, Bilbao, ene.-jun. 1999.

com base nessa informação inserida em banco de dados, inferir a participação da pessoa em crimes violentos ou contra os costumes. Seria desvirtuar a utilização do exame e introduzir um direito penal do autor, em que a pena seria imposta baseada em sua suposta periculosidade. É preciso ter ainda em conta que entre ser portador de um gene alterado e apresentar a doença ou a disfunção relacionadas a este gene existe uma probabilidade, e não uma certeza.

4.4 Dignidade da pessoa humana

Jorge Miranda diferencia a dignidade da pessoa humana da dignidade humana. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual; esta à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa.⁴⁷ No primeiro sentido, decidiu o **Bundesverfassungsgericht** ser garantia da dignidade da pessoa humana a liberdade de declaração (*Aussagefreiheit*)⁴⁸ e toda violação à recusa em falar ou, por extensão, à recusa em fazer ou agir consiste em ofensa à dignidade. Não obstante, a jurisprudência alemã não observa lesão à dignidade em decorrência da submissão do acusado a intervenções corporais, especialmente porque inexistente desrespeito à recusa em fazer ou em agir do acusado.

A dignidade, conquanto comporte significados variados e de larga extensão, pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.⁴⁹ No entanto, a autodeterminação contida na dignidade da pessoa humana não constitui valor supremo; caso contrário, toda expressão do poder coercitivo estatal redundaria em sua lesão e importaria em deixar inerte o Estado no exercício do poder-dever punitivo. Assim como se reconhece a preservação dos direitos fundamentais dos condenados sujeitos a pena ou a medida de segurança privativas da liberdade, ressalvadas as limitações ine-

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. "A constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana". *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 45, p. 84, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

⁴⁸ KOPF, Verena Angela. *op. cit.*, p. 39.

⁴⁹ MIRANDA, *op. cit.*, p. 84.

rentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução,⁵⁰ também se acata a manutenção dos direitos do acusado no processo, à exceção das restrições típicas dos métodos de colheita de prova constitucionalmente admissíveis.

No campo probatório, a compreensão da lesão da dignidade da pessoa humana não se refere à adoção da força para empregar métodos invasivos de colheita de elementos de prova, mas sim ao emprego de métodos que provoquem ofensa à intimidade, ao pudor e à imagem, bens jurídicos, entre outros, cuja tutela decorre do valor eminente reconhecido a cada pessoa. Conforme seja o método empregado para a colheita da amostra biológica e o tipo de material extraído, admite-se possa a intervenção corporal ser ofensiva ao pudor e à intimidade e, conseqüentemente, à dignidade do homem. Nessas hipóteses, deve-se respeitar a dignidade ao máximo e proibir, por exemplo, as intervenções que recaiam sobre zonas íntimas do corpo. A tutela constitucional da intimidade, da honra e da imagem parece justificar, mais do que nunca, a recusa do suspeito ou do acusado em submeter-se a exames de partes íntimas.⁵¹

Não é possível, porém, sob a falsa premissa de ofensa ao pudor ou à intimidade, garantir ao acusado uma posição de domínio exclusivo sobre a informação e impedir seja recolhido o material destinado à realização do exame. Estabelecer regras rígidas sobre as situações nas quais seria vedada a produção da prova, baseada na ofensa ao pudor, não constitui a medida mais precisa. A exemplo da legislação penal, que não discrimina o que seria ato obsceno, cuja prática em lugar público constitui delito inserido no Capítulo que trata "Do Ultraje Público ao Pudor" (art. 233), e tampouco define o que seria "Importunação ofensiva ao pudor" (art. 61 da Lei de Contravenções Penais), convém relegar aos juízes decidir quando estaria configurada a lesão para os fins processuais de colheita de prova. Estando caracterizada a ofensa à dignidade através da lesão ao pudor, por exemplo, o exame de DNA não seria realizado.

⁵⁰ Idem, ibidem.

⁵¹ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 116.

4.5 Autodeterminação informativa

Na literatura estrangeira, indica-se a autodeterminação informativa (*informationelle selbstbestimmung*) como bem passível de sofrer ofensas em face da compulsão às intervenções corporais.⁵² Consiste na "faculdade do indivíduo, derivada da idéia de autodeterminação, de decidir basicamente, por si próprio, quando e dentro de quais limites deve revelar situação referente à própria vida",⁵³ conforme entendimento firmado pelo **Bundesverfassungsgericht**.

Conquanto a autodeterminação informativa não seja objeto de maior apreciação pela doutrina e jurisprudência brasileiras, a reduzida atenção dispensada à sua análise é suficiente para excluir uma suposta incompatibilidade com o exame de DNA compulsório em processo penal.

Não há lesão ao direito de autodeterminação das informações pessoais. Na ponderação do interesse geral no esclarecimento dos fatos e da intensidade da intervenção corporal, prevalece o primeiro, como corolário da interpretação sistemática do ordenamento processual penal. O acusado possui maior controle sobre seus dados pessoais na seara cível, e é sintomático que a decisão prolatada pelo tribunal alemão diga respeito a uma causa não-penal. Discutia-se acerca da divulgação de dados censitários.

No âmbito cível não há nenhuma forma de coação para a obtenção forçada de prova. A sua ausência resolve-se pela aplicação das presunções e pela distribuição do ônus entre as partes. A prisão civil prevista para o depositário infiel e para o devedor de alimentos, exemplo de coação empregada no direito processual civil, limita-se a compelir a parte ao cumprimento de uma obrigação, e não ao fornecimento de prova.

No processo penal, nem toda inserção de prova requer o consentimento do acusado. A escuta telefônica possibilita a obtenção de prova sem o seu conhecimento; através da decretação da prisão preventiva, por conveniência da instrução criminal, priva-se o réu da liberdade, mesmo contra sua vontade, para facilitar a inserção

⁵² KELLER, Rainer. "Die Genomanalyse im Strafverfahren". *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 37, p. 2.295, Frankfurt, 13 sept. 1989.

⁵³ CASABONA, Carlos María Romeo. op. cit., p. 59.

de provas no processo; documentos podem ser apreendidos na sua residência e dados de informática são passíveis de interceptação. Se diversas provas referentes ao acusado são introduzidas no processo, independentemente de sua vontade, é inexato afirmar possuir ele controle sobre os dados pessoais. A autodeterminação informativa não tem alcance abrangente no processo penal capaz de impedir que se proceda às intervenções corporais. Outro entendimento equivaleria a adscrever peso desproporcionadamente elevado à autonomia individual e ignorar as exigências decorrentes de considerações de igualdade e justiça social.

4.6 Princípio contra a auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*)

Aponta-se existir ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere*, porque ele contribui para assegurar ao acusado a plena liberdade de autodeterminação e, por conseqüência, obsta a aquisição de prova contrariamente à sua vontade e à sua consciência⁵⁴. No direito brasileiro, a afirmação exige ressalvas, porquanto a liberdade de autodeterminação por trás do princípio contra a auto-incriminação não é exercida incondicionalmente.

Afirmar ter a Constituição Federal de 1988 consagrado apenas o direito de permanecer calado, de modo a limitar a falta de colaboração ao testemunho oral, vai contra a firme jurisprudência do STF⁵⁵ e contra robusta doutrina. O direito de permanecer calado é expressão sinedóquica do princípio contra a auto-incriminação e compreende todas as ações que redundem em exigir do acusado prova de sua responsabilidade penal. Não é sob esse fundamento que se repelem as supostas ofensas ao princípio contra a auto-incriminação e se aceita o exame de DNA compulsório no processo penal.

Também não é adequado pugnar que o princípio resume-se a não obrigar o acusado a fornecer elementos cognoscitivos contraproducentes à sua posição processual e, não tendo o exame de DNA

⁵⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "O teste de dna..." cit., p. 1. KOPF, Verena Angela. op. cit., p. 170. BONACCORSO, Norma. "Elaboração de laudos e relatórios de análises de exames DNA realizados pelo Instituto de Criminalística de São Paulo". *Arquivos da Polícia Civil*, v. XLVI, p. 75, São Paulo, 2001..

⁵⁵ RHC 64.354/SP, HC 69.026/DF e HC 77.135/SP.

natureza cognoscitiva, pois "não é o acusado que é forçado a falar, mas são os fatos (a coincidência ou não dos códigos genéticos) que falam por si",⁵⁶ não haveria a tutela do princípio. A conclusão é exata, mas o raciocínio empregado para se alcançá-la merece críticas.

Esse raciocínio se baseia no fato de que a ordem para a realização do exame médico do acusado não é considerada prejudicial ao estabelecimento da inocência ou da culpabilidade, e constitui um aspecto normal e freqüentemente desejável em uma instrução completa e conscienciosa.⁵⁷ Os métodos baseados na análise de DNA não consistem em instrumentos de indagação da verdade que beneficiem exclusivamente os órgãos incumbidos da investigação e persecução dos delitos, mas também podem resultar interesses para o próprio acusado, se não for responsável pelos fatos que se lhe atribuem.⁵⁸ Argumenta-se que uma diligência destinada ao esclarecimento dos fatos, que dependa da colaboração do acusado para se concretizar, não teria conteúdo incriminatório, por não se saber de antemão ser prejudicial o resultado obtido.

Todavia, o STF reconheceu ser uma faculdade do acusado participar ou não de alguma diligência que tenha indiscutível eficácia probatória, independentemente de poder facilitar a defesa ou favorecer a acusação.⁵⁹ O princípio contra a auto-incriminação protege a liberdade de autodeterminação, e o árbitro do possível prejuízo decorrente da diligência é o acusado, a quem se confia decidir ou não em colaborar. Ao escolher se calar, somente ao acusado é possível saber se as declarações, caso proferidas, seriam incriminatórias. Nem por isso dele se retira o direito de permanecer calado. A imprevisão do resultado do exame de DNA não é motivo que obrigue o acusado a sujeitar-se à prova, mas, sim, a exclusão da liberdade de autodeterminação que informa o princípio *nemo tenetur se detegere*.

⁵⁶ ARRUDA, José Acácio. PARREIRA, Kleber Simônio. op. cit., p. 161.

⁵⁷ KERCHOVE, Michel van de. "La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 1, p. 6, Paris, jan.-mars, 1992.

⁵⁸ GURIDI, José Francisco Etxeberria. op. cit., p. 69. No mesmo sentido é o posicionamento da Comissão Europeia dos direitos do homem. *In*: KERCHOVE, op. cit., p. 5.

⁵⁹ RHC 64.354/SP.

O princípio contra a auto-incriminação se limita à faculdade de todo indivíduo de não ser convertido em meio ativo de prova contra si próprio. Quando se permite ao réu não contribuir para a própria incriminação, autoriza-se possa ser omissivo. Sempre que se requeira um comportamento ativo de caráter probatório - porque a prova somente se produz através da ação - faculta-se a recusa em agir. Desde logo, portanto, são excluídas da tutela do princípio contra a auto-incriminação a produção de prova que prescindir da vontade do acusado. Outra não é a razão por que o princípio contra a auto-incriminação simboliza-se, no direito positivo, pelo direito de permanecer calado, típica conduta omissiva.

Argumentar ser suprimida, nas intervenções corporais, a liberdade de autodeterminação e transformado o réu em objeto de prova, trazendo à memória a triste lembrança do processo inquisitório, é emblemático, mas inverídico. A idéia-força de realização absoluta do interesse do Estado, ao reduzir o acusado a objeto do processo, sem direitos ou liberdade de autodeterminação, é ilusória. Se no procedimento inquisitório o acusado era, exclusivamente, objeto de prova, o pensamento liberal que passou a informar o processo penal garantiu-lhe a posição de sujeito, sem, contudo, apagar o aspecto probatório que o envolvia. O acusado é, sempre foi e, provavelmente, nunca deixará de ser, objeto de prova. A evolução se nota na civilidade dos meios para usufruir desse objeto. Isso não lhe reduz o *status* de sujeito no processo ou subtrai direitos e garantias, apenas responde a uma necessidade de apuração dos fatos.

A opinião predominante no direito alemão considera o acusado um meio de prova (*Beweismittel*), sem retirar-lhe a posição de sujeito processual.⁶⁰ No direito brasileiro, a situação não é diferente. O Código de Processo Penal admite a realização de busca pessoal sobre o acusado sempre que houver fundada suspeita de que esteja ocultando arma proibida ou objetos relacionados ao crime, hipótese em que se converte em objeto de prova. Autoriza o reconhecimento de pessoas, se necessário com o emprego da condução coercitiva,

⁶⁰ AMELUNG, Knut. "Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe". *Juristen Zeitung*, n. 15/16, p. 739, Tübingen, 1987.

e determina seja o réu colocado como objeto de observação entre outros indivíduos, para permitir identificá-lo como autor do crime. Havendo dúvida sobre sua integridade mental, será submetido a exame médico-legal que, embora não esteja capitulado como prova, apresenta inequívoco caráter probatório, no sentido de apontar a inimputabilidade penal e conduzir à absolvição. O acusado torna-se objeto de exames, sem perder o posto de sujeito processual, nem tampouco se transformar em coisa.

É incorreto afirmar que nenhuma prova pode ser admitida no processo se produzida inibindo a liberdade de autodeterminação do réu. Necessário evitar que da previsão normativa do direito de permanecer calado se depreenda uma verdadeira cultura de não-colaboração e de absoluta intangibilidade. Melhor, é preciso que a ausência do dever de cooperação do acusado seja compreendida nos seus devidos termos.

O Estado tem o poder de agir com o emprego de força para colher provas e assegurar a aplicação da lei penal. A estruturação de um direito genérico de não suportar nenhuma diligência de prevenção, de inquirição e de prova poderia deixar desguarnecidas as autoridades encarregadas da persecução penal no desempenho de legítimas atividades de proteção da convivência e da segurança social. Em decorrência, o exercício da *vis absoluta* está autorizado, ao mesmo tempo em que é excluída a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Se não se impuser ao acusado a obrigação de suportar negativamente diligências em sua pessoa, a investigação das infrações penais seria inviabilizada, pois se vedaria exigir identificação dactiloscópica, tirar fotografias para registro criminal, submeter-se ao reconhecimento pessoal, sujeitar-se à prisão provisória de finalidade instrutória indireta etc. Essas imposições já existem no direito brasileiro e a previsão de intervenções corporais em nada inovaria, no sentido de restringir direitos do réu.

5. PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO

Uma vez apurada a constitucionalidade da submissão do acusado à extração de material orgânico independentemente de sua

anuência, malgrado seja indubitosa a restrição ou limitação de direitos - constitucionalmente admitidas -, chega-se ao momento de propor alterações legislativas para introduzir a moderna técnica no processo penal.

Conquanto não haja óbices constitucionais à realização do exame de DNA compulsório, falta lei específica que discipline a matéria.⁶¹ O fato de o direito processual admitir a produção de provas legalmente permitidas e moralmente legítimas não constitui autorização para obrigar o acusado a submeter-se ao exame de DNA. A expressão é muito genérica para restringir direitos fundamentais. As restrições devem ser específicas, necessitam de previsão legal, cujos pressupostos precisam estar discriminados, assim como a extensão da limitação. A obtenção de dados pessoais se faz com a indicação específica e precisa da informação que se pretende obter, e desde que seja necessária e adequada à finalidade pretendida.⁶² Por enquanto, "em vez do princípio da procura sem limites da verdade, vigora hoje a regra de que toda a actividade probatória, que implique uma intervenção mais ou menos relevante nos direitos individuais, postula invariavelmente a necessária legitimação legal."⁶³

Somente nas hipóteses em que há voluntariedade do acusado em submeter-se ao exame, dispensável a previsão legal. Não são desconhecidas do direito processual penal as perícias laboratoriais, como é o caso do exame de DNA, não obstante a técnica tenha sido criada mais de quarenta anos após a edição do código. O art. 170 do CPP dispõe que "nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas." Se o acusado se dispõe a sujeitar-se ao exame, basta sejam adotadas as disposições aplicáveis à prova pericial, entre as quais o art. 170 do estatuto processual.

⁶¹ Entre os inúmeros projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, tendo como objeto a pesquisa do código genético, a identificação individual e a colheita de material, o Projeto de Lei 3.078/2000, cujo relator é o Deputado Jorge Costa, é a proposta tecnicamente mais aceitável.

⁶² KOPF, Verena Angela. *op. cit.*, p. 48.

⁶³ ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 22.

A Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo editou a Resolução 194/99, e estabeleceu normas para coleta e exame de materiais biológicos para identificação humana. Como não poderia deixar de ser, determinou que "a coleta de material biológico em pessoas vivas será feita somente em locais apropriados e com o expresse consentimento destas" (art. 5º, parágrafo único).

Em decorrência, atualmente não se pode compelir o acusado a sujeitar-se às intervenções corporais, pois consistiria em constrangimento ilegal. Nenhum direito fundamental pode sofrer restrição sem a intervenção do legislador, e "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5.º, II, da CF/88). Indispensável, portanto, a regulamentação da matéria, com a observância de determinadas prescrições.

É preciso, como salientado, da edição de lei específica. Mesmo o § 81 "a" do Código de Processo Penal alemão, que regulamenta a forma das intervenções corporais, como ressalta Keller, não podia ser usado como fundamento para a análise do genoma, e houve necessidade de edição de regulamentação própria.⁶⁴ Essa regulamentação específica veio com a *Strafverfahrensänderungsgesetz*, de 17.03.1997, que passou a permitir os exames moleculares genéticos.⁶⁵

A lei deve detalhar as hipóteses em que o exame pode ser compulsoriamente executado, em que condições será realizado, bem como de quais direitos e prerrogativas dispõe o réu. Deve-se saber as circunstâncias e os objetivos pré-determinados a partir dos quais serão realizados exames genéticos; quem terá acesso à informação resultante das análises das amostras biológicas e a utilização a ser dada, bem como quais medidas de proteção da informação deverão ser adotadas.

Em se tratando de imposição de limitações a determinados direitos, além de constatada a admissibilidade constitucional da restrição estabelecida, deve-se verificar a compatibilidade desta com o princípio da proporcionalidade. "Essa nova orientação, que permi-

⁶⁴ KELLER, Rainer. op. cit., p. 2296.

⁶⁵ ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht...*cit., p. 539.

tiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).⁶⁶

A regulamentação legal deve guardar a proporcionalidade entre a gravidade do crime objeto de investigação e o resultado que se pretende atingir com o meio de prova. Um cânone de proporcionalidade deve orientar a disciplina da matéria. O legislador brasileiro já fez opção pelo princípio da proporcionalidade ao limitar as interceptações telefônicas a crimes punidos com reclusão, ao vedar a concessão de anistia e graça aos crimes hediondos, assim como ao considerar inafiançáveis e imprescritíveis outras infrações e restringir a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos aos delitos cuja pena não seja superior a quatro anos, excluídos os culposos. E a jurisprudência pátria também não desconhece o princípio da proporcionalidade.⁶⁷

Há de se excluir a intervenção corporal em crimes não particularmente graves, tendo por parâmetro o limite das penas cominadas.⁶⁸ Apesar de o exame de DNA ter por foco o esclarecimento de delitos que envolvam violência sexual⁶⁹ ou homicídios,⁷⁰ em relação aos quais é comum encontrar material orgânico no lo-

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - estudos de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 43.

⁶⁷ A primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF está relacionada com o direito de propriedade, RE 18.331. Rel. Min. Orozimbo Nonato, 1953. MENDES, op. cit., p. 194.

⁶⁸ O Projeto de Lei da relatoria do Deputado Wasny de Roure impõe a identificação genética, desde que não identificado civilmente, ao preso em flagrante delito, ao indiciado em inquérito policial, àquele que pratica infração penal de menor potencial ofensivo e contra quem for expedido mandado de prisão. Até nas infrações de que dificilmente resultará prisão exige-se a submissão a exame de DNA, sem nenhuma indicação da necessidade.

⁶⁹ O Projeto de Lei de autoria da Deputada Zelinda Novaes dispõe sobre a obrigatoriedade da coleta de material para a elaboração de exame pericial de DNA apenas nos crimes contra a liberdade sexual que deixem vestígios.

⁷⁰ No Estado de São Paulo, até novembro de 2000, dos mais de 120 casos recebidos pelo Laboratório de DNA do Instituto de Criminalística, 39% disseram respeito a crimes sexo-relacionados; 38% a crimes de homicídios; 22% a identificação de cadáveres e 1% a outros crimes, obtendo-se êxito nas análises em 70% dos casos que já foram concluídos. BONACCORSO, Norma. "Elaboração de laudos e relatórios de análises de exames DNA realizados pelo Instituto de Criminalística de São Paulo". **Arquivos da Polícia Civil**, v. XLVI, p. 79, São Paulo, 2001.

cal do crime ou junto à vítima, não se pode excluir, açodadamente, as demais infrações. A miríade de situações em que se imaginaria ser possível fazer uso do exame de DNA recomenda não restringir o alcance da prova em face do bem jurídico sobre o qual se erigiu o tipo penal.

Não se deve aproveitar o rol de crimes trazido por outras leis, a exemplo da Lei 8.072/90, pois seria impróprio.⁷¹ Além de selecionar aqueles delitos para os quais se supõe a utilidade da realização do exame para elucidação dos fatos, o rol próprio impede se converta a lei em letra morta com a indicação de crimes que dificilmente fariam boa utilização da técnica, a exemplo do tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12 da Lei 6.368/76) e da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273 do CP). Caso se pretenda reduzir a aplicação do exame de DNA, recomendável seja feita a limitação, tendo em vista o *quantum* mínimo da pena imposta ou o tipo de sanção cominada ao delito que se pretende apurar, a exemplo das hipóteses em que é cabível a prisão preventiva.

Deve-se dar preferência às intervenções corporais não-invasivas. Além de trazer menor risco de lesão à integridade física do acusado, afasta sensações dolorosas e torna mais fácil o procedimento de coleta da amostra. No direito inglês, as coletas são classificadas em *intimate samples*, caso da coleta sangüínea, e *non intimate samples*, a exemplo da extração de fios de cabelo e de saliva.⁷² Semelhante normatização poderia ser adotada, para se recorrer às extrações de sangue nos casos estritamente necessários.

A previsão de indícios razoáveis da autoria ou da participação na infração penal, além da impossibilidade de se fazer a prova por outros meios, deve constar como requisito indispensável à realização do exame de DNA.

Deve-se utilizar a prova apenas em âmbito penal e, exclusivamente, no procedimento que gerou a necessidade de se fazer uso

⁷¹ O Projeto de Lei 188/99 institui a obrigação de identificação criminal genética para todos aqueles que cometerem crimes hediondos, o que não consiste em boa técnica.

⁷² QUEIJO, Maria Elizabeth. "O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal". Tese de doutorado em processo penal, São Paulo, USP, 2002. p. 287-8.

da intervenção corporal. A informação obtida será usada unicamente para o fim que a originou. Pode-se ainda prever a destruição da amostra após a utilização no processo, como meio de se evitar a utilização em outras áreas. Contudo, caso se queira constituir um banco de dados similar aos já existentes em relação às impressões digitais, os resultados dos exames de DNA poderiam ser registrados, com aplicação exclusiva para fins penais, como ocorre hoje na investigação dos antecedentes criminais. Em complemento, devem ser previstas medidas específicas mais restritivas em relação à divulgação de dados genéticos.

A coleta do material deverá ser realizada por uma pessoa habilitada, e apenas se não houver risco de lesar a integridade física ou de morte. O exame deverá ser de atribuição da polícia técnica, e não de laboratórios civis, comumente designados para constatação de paternidade através da análise do DNA.

Além da detalhada regulamentação legal, a determinação judicial é o segundo requisito imprescindível à realização compulsória do exame de DNA. O filtro judicial, naquelas hipóteses previstas em lei, prestar-se-ia a evitar o uso desvirtuado do instrumento probatório, como assinala Stalteri.⁷³ Além do requisito objetivo - previsão legal - exige-se o subjetivo, que deixa à autoridade judicial a valoração da necessidade da prova para esclarecimento dos fatos. Chega a ser truísmo afirmar que a decisão judicial há de ser fundamentada.

O recurso às intervenções corporais só pode acontecer nas hipóteses em que se apresentar indispensável para a elucidação dos fatos, sem ser possível ao juiz formar seu convencimento de outro modo. As intervenções corporais para a consecução do exame de DNA, tal como o Direito Penal, devem existir como *ultima ratio*.

As intervenções corporais devem ser aptas a atingir os objetivos pretendidos, sem que nenhum meio menos gravoso para o acusado se revele igualmente eficaz na consecução da pretensão. Em consonância com o princípio da proporcionalidade, as intervenções

⁷³ STALTERI, Marcello. "Genetica e processo: la prova del 'dna fingerprint'. Problemi e tendenze". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, p. 199, Milano, gen.-mar. 1993.

devem ser adequadas, necessárias e convenientes aos fins que se pretendem alcançar.⁷⁴ Assim como o princípio da proporcionalidade orienta a determinação judicial na decretação da prisão provisória, em que se afere a necessidade e a utilidade da custódia cautelar, a ordem que obrigue a submeter-se à intervenção corporal deve assegurar que sejam imprescindíveis as limitações a direitos fundamentais para conseguir o fim perseguido, tomando como norte a proporção entre o sacrifício do direito e a situação que se pretende esclarecer.

Dispensável dizer, porque o próprio sistema processual brasileiro já prevê, acerca da faculdade de recorrer das decisões judiciais. Deve ser recorrível a decisão e, para maior resguardo do acusado, atribuir ao recurso efeito suspensivo da execução da determinação judicial. Na atual sistemática do Código de Processo Penal, cabível seria o recurso em sentido estrito, acrescentando-se ao art. 584 a hipótese de decisão que defere o pedido de realização de intervenção corporal sobre o acusado para a colheita de material orgânico.

É mister não só estabelecer o efeito em que seria recebido o recurso, bem como se recomenda seja garantido ao acusado o direito de contra-análise. A razão de ser do art. 170 do CPP é justamente assegurar a contraprova pelo réu, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. A prova produzida a partir de intervenção corporal deve e pode mais facilmente submeter-se ao contraditório e sujeitar-se, por isso mesmo, a controle judicial mais rígido e objetivo do que aquele resultante do silêncio do acusado.⁷⁵

O caminho natural que se observa é desenvolver e aperfeiçoar o programa genético humano, assim como incrementar sua aplicação no processo penal,⁷⁶ porque as pesquisas devem voltar-se à utilização do conhecimento obtido nos diversos campos da ciência. A necessidade e importância da regulamentação do exame de DNA compulsório irão avultar-se com o passar dos anos. Através do exa-

⁷⁴ KOPF, Verena Angela. op. cit., p. 115.

⁷⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. "O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações". *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, n. 8, p. 160, Belo Horizonte, 2001.

⁷⁶ KELLER, Rainer. op. cit., p. 2.295.

me de DNA, no futuro, será possível obter um perfil de DNA que seja único para cada pessoa e abandonar os atuais cálculos de probabilidade. A tendência é a Genética Forense, especialidade da Medicina Forense, desenvolver-se cada vez mais.

Nas próximas décadas, experimentar-se-á a evolução de novas técnicas mais acuradas para a aquisição de evidências a partir do corpo humano, subtraídas da posse e do controle do acusado. A modernização das técnicas de coleta das amostras tem apresentado cada vez mais soluções menos invasivas ou lesivas à integridade física. Os novos métodos, assim como os atuais, para serem admitidos no processo devem atender três requisitos: gozar a fonte de autoridade reconhecida na comunidade científica, assentar-se em preceitos irrefutáveis e exibir a coerência lógica do resultado proposto. Com o passar do tempo, mais se evidenciará a grande importância dos modernos meios técnicos para auxiliar a identificação de autores de crimes e para demonstrar a inocência de vítimas de erros judiciais, em face do elevado índice de probabilidade de acerto.

E "a atitude do jurista deverá ser expectante e aberta, disposta a reconsiderar suas formulações à luz das inovações científicas - e tecnológicas - e sempre a serviço do ser humano."⁷⁷

6. ALTERNATIVAS AO EXAME DE DNA COMPULSÓRIO

De lege ferenda, prever a submissão compulsória ao exame de DNA, em caso de ausência de consentimento do acusado, apresenta-se como a medida mais adequada para inserir no processo penal avançadas técnicas científicas e aproximar as provas colhidas da realidade dos fatos que ensejaram a movimentação da máquina judiciária. Caso se opte por não admitir a sujeição coativa ao exame de DNA, permanecerão inermes as autoridades encarregadas da persecução penal relativamente ao esclarecimento de determinados delitos e arcaicas as técnicas probatórias empregadas no processo penal. Diante da ausência de lei que regule a matéria, não se vê como sujeitar o acusado, atualmente, à colheita coercitiva de material orgânico, tampouco se considera razoável a aplicação de

⁷⁷ CASABONA, Carlos María Romeo. op. cit., p. 122.

punições e presunções em seu desfavor pela recusa injustificada em participar do exame, o que será detidamente apreciado.

Nos Estados Unidos, ao acusado que se recusa a cooperar na instrução probatória, comumente se utiliza o *civil contempt* ou o *criminal contempt* como meio de coagi-lo ou puni-lo por não obedecer à ordem judicial para participar de algum procedimento de identificação.⁷⁸ A recusa só se aceita se a procura por provas do crime acarretar perigo de vida ou risco à saúde do suspeito, como firmado em *Winston v. Lee* (1985)⁷⁹. No Brasil, em face da inserção do direito de permanecer calado em sede constitucional, faculta-se ao acusado eleger a conduta processual que irá desempenhar, sem ser possível exigir-lhe o ato voluntário de contribuir para a própria incriminação. Todavia, não há impedimento a que se dispense o consentimento para a obtenção de prova, respeitada a reserva legal das hipóteses.

Aplicar uma sanção autônoma em decorrência da recusa injustificada em oferecer material orgânico revela-se conduta que não se integra com as exigências próprias do processo penal, pois converteria o ônus da prova da acusação em obrigação de provar do acusado. Embora a aplicação de pena possa "*costituire un'efficace forma di pressione al fine di convincere l'interessato a mutare atteggiamento*",⁸⁰ é possível que a sanção independente seja superior à reprimenda do delito em relação ao qual o acusado recusa-se a sujeitar-se à intervenção corporal. Além disso, se a aplicação de uma sanção tem cunho preventivo, a fim de evitar que a recusa não se opere novamente ou estimule outros réus a ter o mesmo comportamento, quando o crime pelo qual responde é particularmente grave, a previsão de uma pena reduzida é pouco eficaz, sem aptidão para provocar a reflexão do acusado.

A inflicção de multa teria o mesmo efeito prático da sanção pecuniária no direito penal, isto é, bastante reduzido. Assim como

⁷⁸ ISRAEL, Jerold H. LAFAVE, Wayne R. op. cit., p. 238.

⁷⁹ BLOOM, Robert M; BRODIN, Mark S. *Criminal procedure: examples and explanations*. 2 ed. Boston: Little, Brown and Company, 1996. p. 351.

⁸⁰ Tradução livre: "Pode constituir uma eficaz forma de pressão a fim de convencer o interessado a mudar de postura." VIGONI, Daniela. op. cit., p. 1048.

poucos são os acusados que efetuam o pagamento da pena pecuniária a que foram condenados, poucos serão os réus que terão condições de pagar a multa imposta pela não-sujeição ao exame de DNA.

Determinar a prisão até que se disponha a realizar o exame é arbitrário. A privação da liberdade, no curso do processo, é excessivamente mais rigorosa do que a coleta de material orgânico, e com ela não mantém relação de proporcionalidade. A prisão somente deve ocorrer nas restritas hipóteses discriminadas em lei e, a título de punição, depois de assegurado o devido processo legal. A prisão como forma de compelir ao cumprimento de uma obrigação é prevista apenas para o depositário infiel e o devedor de alimentos, e afigura-se estranha ao processo penal, uma vez que a detenção provisória é empregada, exclusivamente, para a asseguuração da prova e da aplicação da lei penal.

A recusa do acusado poderia ser sancionada com a agravção da pena, aplicada a todos os delitos, como forma de repreender quem obstaculizou a atividade persecutória. Seria o anverso da circunstância atenuante da confissão espontânea, que premia o réu facilitador do trabalho da acusação. Contudo, além de não haver respaldo legal para a medida, contrariaria a sistemática das circunstâncias agravantes e atenuantes do Código Penal, na qual se prevê, às condutas manifestadas pelo acusado após o crime, apenas a finalidade de abrandamento da pena. Ademais, a sanção deixaria de equivaler à medida da culpabilidade, ou seja, a culpabilidade deixaria de ser o parâmetro superior do estabelecimento da punição, porquanto fatores posteriores à conduta típica e estranhos à infração praticada seriam considerados para o agravamento da reprimenda.

Na Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e República da Irlanda, o *Police and Criminal Evidence Act de 1984* determinou fosse valorada a recusa injustificada como prova, de forma a deixar ao alvedrio judicial sopesá-la. Afirma-se que quanto mais elevada a qualidade dos resultados provenientes do exame corporal, tanto mais processualmente relevantes serão as implicações da recusa em sujeitar-se a eles.⁸¹ A valoração da recusa injustificada como elemen-

⁸¹ STALTERI, Marcello. op. cit., p. 221.

to de prova é já reconhecida pelo STF no tocante ao processo civil.⁸² Pode servir suficientemente para a formação do convencimento judicial ou funcionar como mero elemento que, concorrendo com outros, autorize decisão desfavorável a quem se recusou a submeter ao exame.

Na área cível, aceitam-se com mais facilidade as presunções decorrentes da recusa em submeter-se ao exame de DNA para constatação da paternidade. Isso porque o novo Código Civil, repetindo o anterior, traz algumas presunções de paternidade capazes de influir no julgamento da ação de reconhecimento de filiação. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; os nascidos nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação judicial, nulidade e anulação de casamento; os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (art. 1.597). Em complemento ao art. 1.597, o Código Civil dispõe, no art. 232, que "a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame." A parte não se aproveita da negativa em submeter-se a exame médico reputado necessário; ao revés, contra ela se cria uma presunção contrária a seus interesses. O Código de Processo Civil não fica atrás, pois determina que a recusa injustificada em exhibir documentos acarreta a presunção de veracidade dos fatos alegados. Além disso, se o réu não contesta a ação, reputam-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor.

Na esfera penal, a situação é diversa. Em matéria probatória, o trabalho com presunções é excepcionalíssimo, pois tudo há de ser efetivamente provado. Em verdade, as mais importantes presunções existentes são favoráveis ao acusado, e a mais notória delas é a de inocência, segundo a qual se reputa inocente o acusado até decisão condenatória transitada em julgado. A presunção de inocência goza

⁸² HC 71.373/RS.

de *status* constitucional, e nenhuma norma de hierarquia inferior pode retirar-lhe ou reduzir-lhe o valor.

Por conseguinte, estabelecer presunções desfavoráveis ao réu por não sujeitar-se à realização do exame de DNA equivale a extrair inferências negativas do completo silêncio durante o interrogatório. Nesse tópico, o processo penal chegou que a um ponto em que não mais se pode condescender com retrocessos. O princípio da presunção de inocência impede o seu oposto, qual seja, que a presunção de culpabilidade resulte da recusa injustificada à submissão ao exame de DNA. Há o risco de a discricionariedade do juiz agudizar-se e culminar em condenações sustentadas exclusivamente sobre a recusa, fazendo do provérbio "quem não deve, não teme" princípio jurídico interpretativo. Extrair inferências da recusa é basear a sentença na íntima convicção. A não-colaboração nada influi na aferição da culpabilidade, conquanto o espírito do julgador se previna, indevidamente, com a recusa imotivada em produzir prova a cargo da acusação, mas que poderia facilmente ser introduzida no processo pelo réu.

Comunga-se da opinião de Vigoni, para quem *"non appare interpretabile nel senso di desumerne con sicurezza elementi a favore dell'accusa, ma solo un 'sospetto' che, di per sé, non potrebbe essere assunto a fondamento di alcuna conclusione, ma diverrebbe significativo solo in presenza di elementi già idonei a sostenere un giudizio di colpevolezza."*⁸³

As alternativas à aplicação do exame de DNA compulsório apresentam imperfeições que impedem sua adoção no processo penal pátrio. Tal como a prova de caráter coercitivo, essas alternativas infligem restrições aos direitos do acusado, com o acréscimo de contrariarem princípios constitucionais, chocarem-se contra o sistema processual penal e, por vezes, mostrarem-se ineficazes. Reputa-se mais apropriada, pois, a consecução coercitiva da extração de amostras de material orgânico. Ao mesmo tempo em que obsta se-

⁸³ Tradução livre: "não se apresenta explicável no sentido de desumir com segurança elementos a favor da acusação, mas apenas uma 'suspeita' que, por si só, não poderia ser suposição que fundamentasse alguma conclusão, mas se mostraria significativa apenas na presença de elementos já idôneos a sustentar um juízo de culpabilidade." VIGONI, Daniela. op. cit., p. 1.043.

jam adotadas as temerárias presunções de culpabilidade, não acrescenta nova acusação ou punição pela recusa injustificada do acusado. Ademais, o recurso às intervenções corporais compulsórias propicia maior segurança no julgamento, através da apresentação de prova de credibilidade considerável, baseada em preceitos científicos irrefutáveis.

7. CONCLUSÕES

A admissão do exame de DNA compulsório no processo penal brasileiro, posto que seja uma novidade em relação ao tipo de prova que se disponibilizará, não representará nenhuma inovação acerca das restrições a bens jurídicos que já suporta o acusado. A pena privativa de liberdade, a prisão provisória de finalidade instrutória indireta, o monitoramento ininterrupto de diálogos, a sanção capital e a medida de segurança de caráter indeterminado são superlativamente mais lesivos do que a colheita do material orgânico, mormente em relação àquela que não possui o caráter de invasividade. É preciso apenas voltar os olhos para as provas e sanções atualmente existentes no processo penal e lembrar-se da existência de medidas de caráter restritivo para superar a cultura de intangibilidade absoluta do acusado.

O exame de DNA compulsório é adotado em Estados do *civil* e do *common law*, e tem-se mostrado como importante instrumento para a melhor elucidação dos fatos no processo penal. Conquanto limite e restrinja alguns bens jurídicos dignos de tutela, não suprime ou ofende os direitos do acusado no processo.

A incorporação do exame de DNA obrigatório no processo penal brasileiro ainda não se verificou, porque depende de lei específica que preveja as hipóteses em que pode ser compulsoriamente executado, em que condições será realizado, bem como de quais direitos e prerrogativas dispõe o réu e quais medidas de proteção da informação deverão ser adotadas. Atualmente, em face da lacuna legislativa, é indispensável o consentimento do réu para a realização do exame sobre o material orgânico dele originado. A regulamentação das intervenções corporais deve ter por norte o cânone de proporcionalidade e prever a submissão obrigatória quando ne-

nhum meio menos gravoso para o acusado revele-se eficaz no esclarecimento dos fatos. A consecução coercitiva da extração de amostras de material orgânico, ao mesmo tempo em que obsta sejam adotadas as temerárias presunções de culpabilidade, não acrescenta nova acusação ou punição pela recusa injustificada do acusado. Ademais, o recurso às intervenções corporais compulsórias propicia maior segurança no julgamento através da apresentação de prova embasada em preceitos científicos irrefutáveis. 